

Para una historia del derecho público en la Argentina (siglos XIX-XX): tradiciones, saberes, conceptos

AGUSTÍN E. CASAGRANDE¹

RESUMEN

Este ensayo reflexiona sobre la historia del derecho público, con particularidad a partir de los modos en los cuales la misma fue tradicionalmente pensada dentro del discurso dogmático jurídico en la Argentina. En ese sentido, se intentan explicar algunas condicionantes conceptuales con respecto al Estado y al estatismo que configuraron un particular *habitus* intelectual de los juristas con respecto al uso de la historia. A partir de allí, se tratan de explicar algunas tensiones con respecto a la separación del derecho público y el privado como parte estructurante del proyecto jurídico de la Modernidad. Asimismo, se observan los usos dogmáticos del pasado que efectúa el derecho constitucional y su historia con respecto a un derecho público más abarcado. Finalmente, se intenta exhibir la existencia de tradiciones encontradas en las disciplinas que conforman el derecho público con respecto al constitucionalismo liberal clásico. A partir del análisis histórico-conceptual de dichas disciplinas, se intenta explicar la ausencia de una historia del derecho público y las potencialidades que la misma posee para comprender las tensiones que en la actualidad producen tradiciones con historias y principios no asimilables entre sí.

PALABRAS CLAVE

Tradición - Historia jurídica - Derecho público - Constitucionalismo - Estado.

¹ Agustín E. Casagrande (UNLP-UNSAM). Posdoctoral Fellow en el Exzellenzcluster normative Ordnungen de la Goethe Universität (Frankfurt am Main). Correo electrónico: aguscasahistoria@gmail.com.

Towards a history of Public Law in Argentina (XIX-XX centuries): traditions, knowledge, concepts

ABSTRACT

This essay attempts to reflect on the history of public law, particularly, from the ways in which it was traditionally thought of within legal dogmatic discourse in Argentina. In that sense, this writing tries to explain some conceptual conditioners with respect to the State and the statism that configure a particular intellectual *habitus* of jurists with respect to the use of history. From this point of departure, this intellectual exercise intends to explain some tensions regarding the separation of public and private law as structuring part of the legal project of modernity. Likewise, the dogmatic uses of the past that the constitutional law and its history make with respect to a more encompassed public law are observed. Finally, it tries to show the existence of historical conflicting traditions between the disciplines that constitute public law with respect to classical liberal constitutionalism. From the historical-conceptual analysis of these disciplines, which exhibits the agonistic character of their discourses, we try to explain the absence of a history of public law and the potential that it has to understand the tensions that currently produce traditions with histories and principles that cannot be assimilated to each other.

KEYWORDS

Tradition - Legal history - Public Law - Constitutionalism - State.

I. HISTORIA Y DERECHO, HISTORIA DEL DERECHO PÚBLICO

La mirada sobre el pasado es parte constitutiva de la legitimación de las disciplinas en el presente, y una de las formas más acabadas para obtener dicha legitimidad ha sido la incorporación del sujeto en una historia de la ciencia de la cual se hace parte. Ese rol de eslabón en un proyecto inacabado se construye generalmente mediante la presentación de una disciplina como un lento devenir (evolutivo) que, acumulando

saber, encuentra al pasado al servicio de un presente que mira hacia un futuro, el cual pareciera reclamar siempre mayor autonomía, modernización, especialización disciplinar, etc.² Sin hallarse exentas de dicha carga teleológica a la hora de narrar su historia, en las ciencias jurídicas el recurso al pasado es también parte constitutiva de la acción cotidiana, lo cual complejiza las cosas.

Ello se corrobora en la práctica local del jurista en su continuo reclamo por el antecedente (jurisprudencial o dogmático). Consecuentemente, la operatividad temporal del derecho no solo se recorta por un régimen de historicidad particular que mira hacia el pasado para hallar seguridad y legitimidad disciplinar;³ más bien cabría predicar que es la misma praxis o técnica cotidiana la que constituye a un sujeto atravesado por la búsqueda de un pasado, ya sea por el uso de formulaciones autoritativas o por la seguridad que brindan ciertos *locus* discursivos antiguos. A partir de esa situación hermenéutica que guía la práctica de una comunidad epistémica, el derecho puede definirse, sin inconvenientes, como una “práctica social profundamente tradicional”.⁴

Ahora bien, en el caso del derecho, esa práctica tradicional no se halla necesariamente abierta a los desafíos de la historia y la práctica historiográfica. En su lugar, con miras a la práctica, para volver productivo en el presente el recurso del saber *acumulado*, la referencia al pasado debe poder limitarse (recortarse).⁵ De esta manera, ante la complejidad que presentan las discontinuidades históricas, el campo jurídico se cierra

² Más allá de las propuestas de Kuhn, Blumenberg, Foucault, etc., la narrativa interna para el funcionamiento del campo científico perdura en la mirada teleológica. Basta observar en el verbo seleccionado para describir el movimiento del campo científico: “avance”. Para una crítica radical, que acompaña el armado de este texto: BOURDIEU, Pierre, “Le champ scientifique”, en *Actes de la recherche en sciences sociales*, nro. 2, 1976, pp. 88-104.

³ Las primeras bolillas históricas de cada materia –consensuadamente desatendidas por docentes y alumnos– son indicadores de esa justificación disciplinar.

⁴ TONTTI, Jarko, “Tradición, interpretación y derecho”, en NAVARRO, Pablo y María Cristina REDONDO (comps.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 118.

⁵ RICOEUR, Paul, *La memoria, la historia, el olvido*, Buenos Aires, FCE, 2000, p. 84. Detrás de este uso de la memoria se encuentra un presupuesto evolutivo de la razón jurídica, es decir, esa concepción de memoria es parte también de una precomprensión dogmática sobre el saber y la enseñanza jurídica. De allí, la cursiva en el “acumulado”.

en una narrativa-saber particular que, en lugar de inquietar, acompaña y asegura al práctico en su derrotero. Efectivamente, en virtud de un *habitus* intelectual adquirido por medio de una memoria práctica, el derecho requiere de una narración histórica particular.⁶

De allí que la historia *tout court* como disciplina se halle no solo desatendida sino que, más bien, sea dable localizar, en su lugar, a una “dogmática retrospectiva” que aporta una mirilla para la visión del pasado.⁷ La potencia de esa narrativa rotulada como “dogmática retrospectiva” se comprende, entonces, a partir de su operatividad al interior del campo jurídico, dado que esta funge como un discurso que brinda cohesión, continuidad y aislamiento contextual a unas formaciones discursivas complejas, las cuales pasan a observarse (simplificarse) desde el horizonte precomprensivo que proveen las instituciones jurídicas del presente. Esa relación inescindible entre pasado y presente forma una determinada tradición de lectura que define la pertenencia de los actores a un campo epistémico.

Como puede verse, la maquinaria productora de sentido jurídico está constituida por, y para, la acción de una *tradición jurídica*, y esta puede ser descripta como el conjunto de discursos seleccionados en un momento dado como portadores de un saber/autoridad que ingresa en el arsenal del derecho para su utilización en el presente y el futuro.⁸ Ese acto selectivo y autoritativo es central, dado que es el modo de producción de

⁶ Sobre esta tensión entre Derecho y la enseñanza de la historia del derecho ver: HESPANHA, António Manuel, “Legal History and Legal Education”, en *Rechtsgeschichte*, nro. 4, 2004, pp. 41-56.

⁷ La formulación es de Theodor Mayer, aquí se recupera en el sentido que le otorga Carlos Garriga: GARRIGA, Carlos, “Orden jurídico y poder político en el antiguo régimen”, en *Istor. Revista de Historia Internacional*, nro. 16, 2004.

⁸ El gesto crítico aparece en la problemática relación entre verdad y autoridad que estudia la sociología de la atribución. Aquí se entiende que la conformación de la tradición requiere de la autoridad y esta, en lugar de referirse a una adecuación a la verdad, puede describirse, más bien, como una *adequatio ritus et societatis*. De allí que pueda estudiarse la conformación de la autoridad como el proceso institucional, simbólico, social, que legitima la pretensión de decir la verdad. Se rompe así la apelación a la verdad, y la atribución de dicha competencia se vuelve tema privilegiado de un estudio sociológico e histórico. Ver LECLERC, Gérard, “Histoire de la vérité et généalogie de l'autorité”, en *Cahiers Internationaux de Sociologie*, nro. 111, 2001/2, pp. 205-231. Ver, especialmente, pp. 220 y ss.

un sistema de enunciados que pasarán a ser inscriptos en *la* tradición mereciendo la cita por ser portadores de una “verdad”. Consecuentemente, la historia dogmática con su teleología no será sino la historia de esos saberes, enunciados, autores, libros considerados centrales, que se vuelve veraz en tanto que ocluye el proceso histórico-social y político de dicha selección.⁹ Dogmática retrospectiva, entonces, que se vincula a la historia producida desde la tradición para auxiliar al ejercicio práctico del presente y como refuerzo de la cientificidad del derecho.

Claramente, la dinámica entre praxis y tradición jurídica es constitutiva del campo del derecho. Y, sobre todo, se hace presente en una de las formas más efectivas de la *traditio iuris*: la enseñanza jurídica. En ese particular momento de formación disciplinar, la dogmática retrospectiva cierra el círculo, al exhibir el estado de cosas en el presente como resultado, ya sea de una evolución cognitiva o como el desenvolvimiento lógico de un sistema.¹⁰ ¿Cómo superar ese círculo dogmático-hermenéutico? Una forma de salir de dicho constructo de sentido jurídico es también la forma de problematizar el campo de saber disciplinar, y ello surge precisamente a partir de la historización de *esa* tradición que *hace* hablar al pasado.¹¹ Así, la historización de la tradición sería la exhibición histórica del proceso de selección autoritativo, siempre dialógico y agonial, que forma una disciplina, un saber. De esta manera, la historia jurídica puede dislocar la seguridad de la tradición, exhibiendo la política detrás

⁹ FERNÁNDEZ SEBASTIÁN, Javier, “Tradiciones electivas. Cambio, continuidad y ruptura en historia intelectual”, en *Almanack*, nro. 7, 2014, pp. 5-26. Claramente, existen reglas de campo (Bourdieu) y discursivas (Foucault) para considerarse o reputarse como parte de una tradición. Así, la escritura supone una administración del saber en cuya selectividad opera el actor, reforzando la misma acción tradicional.

¹⁰ SKINNER, Quentin, “Meaning and Understanding in the History of Ideas”, en *History and Theory*, vol. 8, nro. 1, 1969, pp. 3-53.

¹¹ Está claro, a partir de Gadamer, que la operación *contra* la tradición, es decir, su total erradicación del pensamiento es parte del mito ilustrado. No obstante, la crítica histórica permite tomar consciencia al hermeneuta de estar comprendido dentro de una tradición operativa, es decir, de un conjunto de saberes transmitidos que guían y hacen posible la vinculación y la comprensión histórica entre sujeto y texto. La crítica hermenéutica posibilita precisamente esa toma de consciencia que emerge al preguntar por la tradición. Ver GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, Salamanca, Sígueme, 2012, pp. 344 y ss.; GRONDIN, Jean, *Einführung zu Gadamer*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, pp. 152 y ss.

del derecho, no solo recuperando aquello que quedó afuera de la selección sino también historizando las condiciones de posibilidad que permitieron el ingreso en la tradición de aquello que se observó como ajustado a la disciplina.

Un caso particular que emerge de la confrontación de la tradición por la historia jurídica se observa en el poco interés que, salvo muy honradas excepciones, se ha mostrado por la historia del derecho público argentino. Precisamente, en comparación con la historia que ha sido producida en otros espacios jurídicos como es el caso alemán, la historia del Estado y del derecho público ha permanecido en gran parte eclipsada por la pujanza tradicional de la historia constitucional.¹² Sin embargo, en lugar de juzgar esa condición como un retraso o desinterés, resulta más productivo postular que esa ausencia responde a una *tradición* particular que hay que someter a crítica histórica.

A partir de esa ausencia, en este ensayo se pretende mostrar algunos condicionamientos conceptuales y narrativos que formaron *una* tradición jurídica que para su funcionamiento no requirió de un estudio sistemático del derecho público (y su historia). Para ello, se buscará presentar: i) las condiciones ideológicas que permitieron invisibilizar la problemática estatal como tópico de estudio histórico-jurídico (punto 2); ii) una genealogía del proyecto político que tras la nueva conceptualidad política procedió a separar derecho público y privado, otorgando un rol secundario al derecho público en la tradición jurídica argentina (puntos 3 y 4); iii) las diversas formaciones y preocupaciones que atravesó el derecho público frente a las crisis del proyecto jurídico-político del liberalismo constitucional y, finalmente, iv) algunas tradiciones en las que abrevó el derecho público en la Argentina para suturar las aporías de la tradición jurídica local (puntos 5 y 6).

En ese sentido, más que destacar una ausencia, esta reflexión teórica pretende exponer algunas condiciones de posibilidad que permitieron

¹² En Alemania puede verse la obra de Michael Stolleis como un monumento a la historia del derecho público, la cual no solo ha sido remarcada como fundamental para el área lingüística germana, sino que su traducción a diversas lenguas ha devenido muestra fundamental de la importancia de su trabajo. Sobre Stolleis ver: CASAGRANDE, Agustín E., "Estado y derecho público: un clásico moderno", en *Revista de Historia del derecho*, nro. 50, 2015, pp. 255-273.

el movimiento de la tradición con la ausencia de esa historia, pero también pretende observar cuáles son los presupuestos que hoy concitan su interés habilitando su recuperación y sus potencialidades de trabajo. La eficacia de esta propuesta claramente dependerá del reconocimiento de la comunidad epistémica habilitada para componer *una* tradición.

II. LA TÓPICA ESTATAL Y SU CRISIS

Para comenzar una indagación sobre la tradición de enseñanza en la cual se advirtió como naturalizada la ausencia de una historia del derecho público, es necesario tanto mostrar los saberes que guiaron dicho discurso como también hacer emerger las condiciones de posibilidad que han permitido, tan solo recientemente, llamar la atención sobre dicho silencio. Para ello, cabe observar algunos elementos que conmovieron la narrativa histórica y que han vuelto sobre el concepto redondo de Estado-nación para ponerlo *en* duda.

En la narrativa que componía la historia tradicional, el concepto de Estado poseía una doble función. Por un lado, era presentado como una evidencia trasladable a todo tiempo y lugar y, por otro, actuaba como una imagen que guiaba las esperanzas de orden social. La combinación de ambas generaba una apreciación histórica que actuaba más teleológica que descriptivamente. Es decir que tras la “evidencia” que suponía un concepto ideal de Estado, que funcionaba como una meta en la evolución del sistema jurídico, se había abierto un espacio para reprochar con desazón un destino esquivo, fallido, que estaba cifrado en el deseo irredento de llegar al “desarrollo”, a la “modernización”, por la vía de la construcción/imitación de la estatalidad *a la* europea. Como consecuencia de dicha operación deóntica-teleológica se obturaba la pregunta por la cualidad y la temporalidad que produjo la particular formación estatal que se construyó en la Argentina, y, consiguientemente, la mayor preocupación se había visto determinada por la observación de las “patologías” de un *enser* preconcebido *in abstracto*.¹³

Ambos usos del concepto de Estado pueden comprobarse por el efecto de naturalización de una narrativa que permitía hablar de Estado sin

¹³ Un ejemplo de esta tendencia puede verse en: WALDMANN, Peter, *Der anomische Staat. Über Recht, öffentliche Sicherheit und Alltag in Lateinamerika*, Wiesbaden, Springer, 2002.

definirlo y, lo que es más grave aún, sin concebirlo como epicentro de una particular cultura político-jurídica históricamente determinada. De allí su punto ciego, resuelto ahistóricamente y teóricamente por una definición sociológica *in abstracto* (por ej.: como monopolio de la violencia, a lo que se sumaría “simbólica”, por influencia de Bourdieu). Todo ello condicionaba la inquisición por las formas de *representación* que dicho fenómeno cultural había asumido, sobre todo en Latinoamérica. Es decir, la visible carencia de un Estado a la europea –siempre ideal por el régimen conceptual de la Modernidad– era pensada como síntoma de problemas más profundos, como la corrupción, la barbarie, la incivilidad, etc., contentando al lector que no podía descentrarse de esa telesis.

De este modo, ya sea por el efecto de sentido que produjo la naturalización del lenguaje jurídico-político estatalista en el presente o por el reenvío a otros problemas sociales más poderosos, pudo ocluirse la historia jurídica del Estado argentino. Esto implicó, en particular, obliterar la pregunta acerca de las teorías, los conceptos y las metáforas que lo sintetizaron y que permitieron su particular apropiación en el colectivo social o, en el caso que aquí interesa, para los juristas que no solo heredaron dicho lenguaje estatalista sino que, asimismo, habían sido activos constructores de esa tópica, hoy ubicua.¹⁴

Ahora bien, allende el bloque de sentido hegemónico que compuso dicha perspectiva tradicional, desde mediados del siglo XX, la historiografía histórico-jurídica alemana, italiana y española procedió a la dificultosa tarea desmontar el tópico estatal que componía el saber jurídico decimonónico, el cual se había articulado en torno al ideario del Estado liberal. Precisamente, esta historiografía se basaba en la puesta en evidencia de la función normalizadora que había poseído el *locus* “Estado” dentro de la narrativa histórica, al mostrar precisamente que dicha voz y su semántica histórica cargaban con una historia localizable tan solo a mediados del siglo XVIII. Esa crítica radical permitió romper con un “lugar común”, que hablaba de Estado para designar a la *polis* griega, que hablaba de “Estado medieval”, “Estado moderno”, etc. La crítica al

¹⁴ KOSCHORKE, Albrecht *et al.*, *Der fiktive Staat. Konstruktionen des politischen Körpers in der Geschichte Europas*, Frankfurt am Main, Fischer, 2012; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006.

anacronismo que supone la extrapolación de miradas del presente hacia un pasado en el cual no era pensable ni el Estado, ni la estatalidad, fueron fundamentales para la constitución de una nueva reflexividad histórico-jurídica.¹⁵

Consecuentemente, más allá de juzgar la experiencia premoderna por la falta de estatalidad, por la carencia de elementos del derecho moderno, por la ausencia de la separación entre sociedad civil y Estado, el giro de la historia jurídica permitió comprender que, tal vez, lejos de predicar un contenido desde el presente, era más adecuado comprender un derecho sin Estado, tal como lo evidenciaban las fuentes. Por su parte, si el Estado no había existido siempre, ello implicó pensar que el mismo tuvo un comienzo, y la historia de esa formación cultural pudo escribirse, reforzando el carácter contingente de su estructura como una peripecia en la larga historia del gobierno.¹⁶ Ese cambio de perspectiva gnoseológica derivó en avances historiográficos significativos.¹⁷

Ahora bien, la disección crítica realizada al interior de una subdisciplina, como lo es la historia del derecho, no resulta evidencia suficiente para predicar un quiebre paradigmático en otros espacios del saber. Sin embargo, el hecho de que sus presupuestos hallaran un humus fértil de recepción en la actualidad, permite postular una creciente crisis que atraviesen los conceptos jurídico-políticos tradicionales que constituyen el saber dogmático.¹⁸ Es decir, la posibilidad de observar por fuera del bloque

¹⁵ BRUNNER, Otto, *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1970; CLAVERO, Bartolomé, *Antídora. Antropología Católica de la Economía Moderna*, Milano, Giuffrè, 1991; HESPANHA, António Manuel, "A historia das instituições e a «morte do Estado»", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1986, pp. 191-227; GROSSI, Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 2006.

¹⁶ FOUCAULT, Michel, *Seguridad, territorio, población. Curso en el Collège de France (1977-1978)*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 291.

¹⁷ Para el caso concreto del derecho administrativo en España, un cambio profundo puede encontrarse en la revisión de la tradición, constituida por el texto clásico de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, 1994; por parte de la historia crítica del derecho, ver: LORENTE, Marta (dir.), *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2009.

¹⁸ BENIGNO, Francesco, *Las palabras del tiempo. Un ideario para pensar históricamente*, Madrid, Cátedra, 2013.

conceptual del derecho estatalista es evidencia de una crisis de percepción, que habilita el cuestionamiento al interior del campo tradicional. Esta dimensión crítica al rol del Estado como agente cohesionador social ha venido desplegándose en otras disciplinas. Es que el esquema de sentido que guiaba la narrativa teórico-deóntica del Estado se ha visto conmovido recientemente, y ello ha ocurrido por fuera de los estudios historiográficos, abarcando la práctica jurídica –la creciente internalización y autorregulación de los sistemas–, la sociología, en especial la jurídica con los modos alternativos de resolución de conflictos, etc.¹⁹ Ello es algo más que una coincidencia, más bien posee una explicación histórica.

En este sentido, constituye –ahora sí– una evidencia, la crisis que están atravesando los Estados-nación para contener el doble proceso de erosión producido, desde arriba por la globalización económica que acompaña al discurso neoliberal del capitalismo tardío y, por debajo, por la formación de identidades que escapan a la matriz estatal, por ejemplo, la explosión de diversos nacionalismos intraestatales.²⁰ Frente a este dato del presente, el bloque sólido del orden estatal comienza a fragmentarse, y con ello sus categorías, sus lenguajes.

Claramente que esta consciencia histórica conceptual impacta en la relación que se establece entre teoría e historia del derecho público argentino. De este modo, si bien desde la praxis cotidiana del derecho puede utilizarse a autores de diversas temporalidades como Bullrich, Bielsa, Fiorini, Marienhoff, Diez, Cassagne o Gordillo, en bloque, para fundar una demanda o para enseñar la teoría del derecho administrativo, observándolos desde la historización del Estado puede encontrarse, por un lado, con esa potente dimensión pragmática que el discurso de los primeros tuvo para la construcción de un lenguaje de la estatalidad (a quienes luego se llamará padres de la disciplina) y, por otra parte, aparecen aquellos autores que ya envueltos en ese lenguaje desplegaban un pormenorizado análisis de la materia donde el Estado ampliado, entre servicios públicos y personalidad jurídica, ya era ubicuo, y muchas veces

¹⁹ La creciente influencia de la obra de Boaventura de Sousa Santos es un ejemplo de dicha tendencia.

²⁰ BAUMAN, Zygmunt, *La sociedad sitiada*, Buenos Aires, FCE, 2008, pp. 9-34.

tranhistórico. Finalmente, puede observarse a los últimos autores, quienes conviviendo con la discursividad posfordista del capitalismo tardío observaban a ese otrora constructo central de la Modernidad como un objeto vetusto. Cada uno de los autores o, mejor dicho, el saber que producían exhibe la acelerada formación del pensamiento sobre el Estado, que se puede modular a través de las metáforas, teorías, lenguajes y ajustes hermenéuticos que lo representaban y que impactarían en el resto de las disciplinas. Así, la historización del discurso estatal (en la Argentina) también sirve de herramienta para la enseñanza jurídica, al expresar cómo el contexto de producción limita lo decible y pensable por cada autor en cada momento dado, sin lo cual pareciera que el derecho no se produjera desde la historicidad del lenguaje.

En síntesis, la crítica radical de la historia jurídica y la emergencia de un nuevo tipo de racionalidad jurídica que piensa soluciones por fuera del Estado –en crisis– son condición de posibilidad para que una temática siempre presente pero oculta emerja. La posibilidad de tematizar una historia del derecho público, que acompañó la producción de la estatalidad, entonces, debe mucho a la crítica histórica a la estatalidad y al momento histórico en el cual se hace visible, pero no todo es tan sencillo.

III. SOBRE LA TRADICIONAL SUBORDINACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO AL PRIVADO

Si solo recientemente el Estado ha comenzado a ser historizado, pensado y analizado en su conformación conceptual e institucional, se explica también que su aparato formulador jurídico también haya permanecido invisibilizado por largo tiempo y ahora exhiba su historicidad. Esa disección que permite la distancia crítica se transpone también al estudio del derecho público, el cual comienza a ser tematizado como parte de una experiencia del pasado. Pero el camino para llegar a su historia no es tan sencillo. Así, a dicha problemática de la *métier* historiográfica acerca del “Estado” hay que sumarle los prejuicios propios del *ordo* disciplinar jurídico en torno al “Derecho público”.

Precisamente, en el campo particular del derecho, la lógica de organización de las asignaturas profundiza indirectamente el efecto de

naturalización con respecto al Estado al asignarlo como punto de resolución de una tensión entre el derecho público y el derecho privado. Esa posición, más cara a la praxis que a la historia, funciona como dispositivo para ocluir que, tras dicha separación, se actúan los prejuicios que consideran al derecho privado como el “verdadero” saber jurídico y al derecho público como un complemento lateral. Esta predisposición tradicional y académica merece un triple análisis.

En primer lugar, mirando la lógica educativa en el campo del derecho, cabe resaltar que, en la conformación del derecho moderno, el saber sobre el derecho público ha funcionado como un acompañamiento necesario, pero acompañamiento al fin, para el despliegue del saber iusprivatista como espacio privilegiado del saber jurídico. Lejos de ser una pulseada entre sociedad civil y Estado, en realidad de lo que se trataba era de la naturalización, por la vía narrativa, del actor básico del proyecto jurídico de la Modernidad que impulsara la filosofía política iusnaturalista: el sujeto de derecho.²¹

Es así que, en torno a este imaginario subjetivo que rompe con una cultura jurídica de tradición aristotélica, el contractualismo produjo al Estado (en los orígenes del lenguaje constitucional argentino pivotea con la Nación y República) como un imaginario que “religa” a los sujetos en un enser supraindividual. Lo público, entonces, aparece en sintonía con el derecho privado como lógica contraconceptual requerida para evidenciar un orden social exterior del sujeto, pero que al mismo tiempo lo posee como actor central y naturalizado.²² Esta subordinación lógica, de quiebre paradigmático, en tanto que narrativa puede ser historizada. Así, en el caso argentino, en la génesis del derecho moderno, el derecho público aparecía reducido a un derecho constitucional –provincial o nacional– que actuaba como garante frente al *despotismo*, a veces encarnado en personas, otras en el mismo Estado. Así, la tópica del despotismo habilitaba la exploración de lo público pero siempre bajo el aspecto central del malestar

²¹ VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, [2003] 2013; MENKE, Christoph, *Kritik der Rechte*, Frankfurt am Main, Surkamp, 2015.

²² TARELLO, Giovanni, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1988. Para una crítica radical de ese proceso desde la historia conceptual y la filosofía política, DUSO, Giuseppe, *La representación política. Génesis y crisis de un concepto*, Buenos Aires, Unsam-Edita, 2015.

subjetivista. Ese derecho público de garantías era condición de posibilidad para el desarrollo del individuo y rara vez una tematización de lo estatal.

En segundo lugar, dicha taxonomía contraconceptual (lógica), que efectúa el quiebre radical de la Modernidad, ha sido fuertemente acompañada por la narrativa histórica, que como dispositivo de legitimación produjo un efecto de sentido que *reifica* al sujeto autónomo y así refuerza un conjunto de saberes que pasarán a ser parte de la *tradición*. No solo aquí aparece la narrativa del Estado/sociedad civil como una idea eterna. Más bien su utilización es consecuencia necesaria de una historia cuyo interés era dar vida a la sociedad civil y sus redefinidos intereses. Esta, en efecto, requería para su funcionamiento de una historia de individuos despolitizados dedicados al comercio. Esa visión de la sociedad civil que produce la filosofía escocesa por vía de la economía política inspira la formación de un saber histórico sobre lo social, el cual, para reubicar lo político dislocado, requiere del Estado-nación como agente cohesionador y como espacio de la política (liberador de la economía).²³

Así, la historia de uno y otro conceptos se reencuentran una vez más, esta vez en tono de legitimación, formando parte de la historia dogmática que reforzará el espacio de saber iusprivatístico por sobre el público. Cabe resaltar en este caso, por un lado, el rol del derecho romano, el cual se formula como una historia de instituciones políticas que formadas en Roma atraviesan la historia sin solución de continuidad y se hacen aprehensibles en el presente sin inconvenientes.²⁴ Por otra parte, a esa historia iusprivatista de larga data cabe sumar la historia de la Nación –en su faz constitucional– que predica sobre el enser de los hombres, sus cualidades, etc., ya sea desde una tópica romántica o, más tarde, positivista que reduce la experiencia político-social a variadas características naturales (cuando no patológicas). Todo ello hasta la formulación del gran contrato.

Finalmente, cabe advertir que la separación de lo privado y lo público (y su historia/tradición) funciona en el plano ideológico como “un presupuesto para la realización de la libertad del sujeto”, la cual solo se

²³ CHIGNOLA, Sandro, “Líneas de investigación sobre la historia del concepto de sociedad. La conclusión sociológica y la transición gubernamental”, en *Historia Contemporánea*, nro. 28, 2004, pp. 33-46.

²⁴ HESPANHA, *op. cit.*, “Legal History...”, p. 41.

conseguiría plenamente en el marco de la limitación de lo supraindividual.²⁵ Precisamente, esa historia retrospectiva que fundamentó a la naciente burguesía requirió el quebranto del carácter político del gobierno que calaba hondo en el saber jurídico-político. Quiebre, entonces, que libera al sujeto de derecho del orden jurídico-político tradicional, volviéndolo actor de la esfera social-económica –naturalizada narrativamente como previa a lo político– y que condiciona la función del poder político como un componente ajeno –aunque necesario– al ser natural del sujeto moderno.²⁶

Como puede verse, tras la historia retrospectiva del Estado (o su ausencia) se escondía un movimiento dogmático, es decir, de presupuestos teóricos para el desarrollo de una idea. Cabe entonces advertir que la no tematización de lo público-estatal se debía a un presupuesto que postulaba su situación subsidiaria frente a la esfera de lo social-económico. El “derecho privado” para su total realización requería de una escisión –traumática– en torno a la lógica de gobierno (la política), que se trató de suturar, en primera instancia, a través del “Derecho político” y, posteriormente, por el “derecho público”. De esta forma, en la construcción dicotómica de las disciplinas se hacía más fuerte el presupuesto de una fina línea divisoria que actuaba como razón de la libertad privada.²⁷

Lo que muchas veces esconde el *habitus* taxonómico, que divide sociedad-Estado y sus respectivos “derechos”, es que esa articulación conceptual posee una historia concreta, cuyo horizonte precomprensivo está determinado por la vigencia de un proyecto político.²⁸ Proyecto que en la separación categorial entre un Derecho Privado (con una historia romanista) y un Derecho Público (con una historia constitucional) se materializó en la enseñanza del derecho y en la ciencia del derecho, y donde la hegemonía de lo privado supuso, entonces, un derecho de “derechos”

²⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1973. Para una crítica de dicha separación, ver: MENKE, *op. cit.*

²⁶ CHIGNOLA, *op. cit.*

²⁷ BÖCKENFÖRDE, *op. cit.* Para una visión alternativa de dicha asunción, ver HAFERKAMP, Hans-Peter, “Privatrecht? Öffentliches Recht? Recht!”, en *Rechtsgeschichte*, nro. 19, 2011, pp. 107-113.

²⁸ COSTA, Pietro, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, vol. I, *Da Hobbes a Bentham*, Milano, Giuffrè, 1974.

y al Estado (o la historia de su consiguiente limitación) como garantía para el desarrollo de la subjetividad y la libertad. Tras la falta de historización se obliteraba el estudio por el carácter contingente de esa división y los movimientos que esa línea demarcadora ha exhibido con relación a la historia política del país.²⁹ Allí, aparecería la problemática de la intervención estatal y la libertad privada que como un movimiento pendular exhibiría movimientos más profundos en el plano político-social. El quiebre que supone el proyecto político de la Modernidad, más allá de esa movilidad entre privatización o politización del derecho, es la incapacidad de pensar por fuera de un derecho sin divisiones. Es decir, sin el presupuesto de esa línea demarcatoria de espacios jurídicos que actúa como condición de posibilidad para pensar la “libertad” del sujeto.³⁰

Por otra parte, el esquema de separación entre sociedad-Estado no fue siempre feliz, sobre todo en tiempos de crítica radical al proyecto liberal. Con todo, la persistencia de la teoría que selecciona una matriz histórica cara a su tradición muchas veces invisibiliza experiencias que habrían, no sin complejidades, aportado otra base precomprensiva para pensar la función del Estado y el carácter de la sociedad civil. El saber y la discusión jurídica de las décadas de los veinte hasta los cincuenta del siglo XX, momento clave de formación del derecho público, es un claro ejemplo de una historia no del todo representada en la narrativa tradicional.³¹ Esa invisibilización también posee una historia particular que se expresa en la narrativa histórica como historia constitucional.

IV. HISTORIA CONSTITUCIONAL E HISTORIA DEL DERECHO PÚBLICO

Un punto crucial en la historia del derecho público acompasado con la historia de la estatalidad aparece en la subsunción de ambos objetos

²⁹ MOHNHAUPT, Heinz, “Historische Konkurrenzen und Beeinflussungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht”, en *Rechtsgeschichte*, nro. 19, 2011, 239-246.

³⁰ De allí, las dificultades para pensar el derecho indiano con categorías estatistas.

³¹ Basta recorrer los dos volúmenes que dedicara el Instituto de Historia del Derecho a la formación del derecho contemporáneo para observar allí la gravitación de nuevas perspectivas en torno al Estado, la administración, el derecho penal, el derecho constitucional, el derecho laboral, amén de las nuevas formas de escritura vehiculizadas por nuevas revistas jurídicas, etc. Ver: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Antología del pensamiento jurídico argentino (1901-1945)*, Buenos Aires, INHID, 2007, tomos I y II.

al discurso *constitucional*. El derecho constitucional y su historia merecen, entonces, ser problematizados puesto que su dinámica actúa como una fuerza centrípeta que intenta, tal vez por su tendencia sistémica, absorber el sistema jurídico de manera total. Aquí, cabe aclarar que para la escritura de una historia del derecho público debe efectuarse una primera separación con respecto al derecho constitucional y su historia. Esto es así puesto que este fungió genéticamente como un dispositivo inherente a la producción de la Nación/República como enser superior envolvente de las subjetividades dispersas pero, a su vez, como garantía de libertad del individuo frente a la “arbitrariedad” del Estado (patriotismo, en términos alberdianos).³² Es decir, bajo este último movimiento actuó como condición de posibilidad para la efectiva desvinculación subjetiva. Ello así, puesto que en torno a los valores del liberalismo constitucional expresados en *República, Nación, Libertad, Progreso*, se pudo mantener un epicentro común, no obstante la desvinculación ética y política de la economía como modelo individual.

De esta manera, la constitución y su historia “constitucional” no es una expresión más del derecho público sino que debe ser vista, a su vez, como el elemento genético que permitió su subsunción tradicional. Es que el relato constitucional fue el pivote sobre el cual se pudo articular la disolución del mundo antiguo produciendo, no ya el Estado –proyecto que era ajeno e incluso indeseable al saber local argentino– sino al individuo. El enfoque podría hacerse más productivo si observara “lo constitucional” y su historia como correlativos a la construcción de lo privado (llámese derecho civil, comercial). Como puede verse, la tradición constitucional reviste el rol típico de brindar legitimidad a un proyecto político, y atado a su génesis se ve muchas veces en tensión con los principios y lógicas que asumirá más tarde la formación de un derecho público cada vez más estatista, sobre todo en el siglo XX.³³

³² ALBERDI, Juan Bautista, *La omnipotencia del Estado es la negación de la libertad individual*, Buenos Aires, 1880. Sobre este punto, ver DOTTI, Jorge, *Las vetas del texto*, 2ª ed. ampl., Buenos Aires, Las Cuarenta, 2009, pp. 21-64.

³³ SEGOVIA, Juan Fernando, “El derecho ante el Estado y la comunidad internacional”, en TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Antología del pensamiento jurídico argentino (1901-1945)*, Buenos Aires, INHID, 2007, tomo I, pp. 399-405.

Como se observó, el discurso constitucional fue inherente a la producción de subjetividades privadas librando así del espacio de saber la problemática dimensión política.³⁴ Cabe ver, entonces, que en la tradición liberal clásica no se alcanzan a sintetizar las experiencias del derecho público, no obstante, una forma de juzgarlas ha sido su presentación como una mera extensión de puntos sugeridos en la constitución escrita.³⁵ Ese prurito alberdiano forma parte de una tradición, que intenta reducir lo público a un espacio controlado por el sistema constitucional como idea fuente, forzando así la coherencia del sistema de manera teleológica pero fundamentalmente mitológica. Cabría más bien, para evitar todo reduccionismo, comenzar remarcando lo contrario. Es en clara disputa con el proyecto constitucional clásico donde se generó un derecho administrativo –autónomo–, laboral, de la seguridad social, penitenciario, etc. Se estaba precisamente allí, en ese silencio constitucional clásico, ante un “Derecho frente al Estado”.³⁶

El desarrollo de cada disciplina con sus particularidades, cada una con su historia, temporalidad y saberes, está condicionado –pero nunca limitado totalmente– por el *ordo* constitucional. Podría incluso remarcarse que tan diverso es el principio de pensamiento de dichas disciplinas, y tan grande el hiato entre estos factores del campo del derecho público que la deriva reformista constitucional –tanto en sus intentos de la década de los treinta como en su realización en 1949– termina siendo una emergente de la potencia de las nuevas disciplinas jurídicas que desbordan el modelo clásico. De esta forma se hace manifiesta por la vía de la historia la imposibilidad de reducción del derecho público al despliegue de una racionalidad inherente al proyecto constitucional. Aquí, tanto la tradición como la lógica nomológica del discurso del derecho dogmático

³⁴ ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, en *Organización de la Confederación Argentina*, Buenos Aires, Besanzon, Imprenta de José Jacquin, 1858, tomo II.

³⁵ ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, en *Organización de la Confederación Argentina*, Buenos Aires, Besanzon, Imprenta de José Jacquin, 1858, p. 73. Ver, asimismo, CASAGRANDE, Agustín E., “Autonomía y descentralización en la construcción del Estado argentino (1860-1940). Por una historia política de los conceptos jurídico-administrativos”, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, nro. 43, 2014, 251-290.

³⁶ SEGOVIA, op. cit.

se desvinculan por acción de la historia jurídica. Conforme a lo expuesto, no puede pensarse el derecho público como elemento evolutivo de puntos de la constitución, a la Rossi, más bien cabe observar el desarrollo del estatismo como un excedente de sentido correspondiente a otra tradición y a otro pliegue histórico, que la historia dogmática pretende aplanar bajo el mote teleológico del “desarrollo”. Aquí, la concepción de la policía, de los servicios públicos, y la recepción de todo el bagaje cultural de la crisis estatal-liberal en la década de los treinta se vuelven fundamentales para comprender cómo se pensó no solo el derecho administrativo en franco crecimiento en dichas décadas, sino para responder a la pregunta ya sugerida de ¿qué concepto de Estado y derecho público poseían estos juristas (piénsese en B. Fiorini, por ejemplo)?

Finalmente, la contradicción entre diversas disciplinas jurídicas pone en cuestión la operación sociológica que reduce el Estado a una categoría ahistórica y predefinida de análisis. En su lugar, el derecho público posee siempre una representación jurídico-política sobre lo que es el Estado y sobre el rol en la articulación con la sociedad civil de carácter movable, variable y en perpetuo dinamismo, al interior incluso de cada disciplina de ese espacio que categorialmente se llama “Derecho público”. Esto permite postular que si bien se habla con naturalidad de la constitución y del Estado, el lenguaje constitucional y de la estatalidad no son necesariamente naturales y trascendentes a los contextos que los articulan.³⁷

Para ello, cabe estar a una historia conceptual, que disloque el uso dogmático de los conceptos de *Estado* y *Constitución*. Crítica conceptual que evita darlos por sentados y permite volver a la historia constitucional desde un entramado más profundo que el de su propia tradición.³⁸ Ello posibilita desmontar el sentido brindado por la historia interna de la

³⁷ PALTÍ, Elías, “The ‘Theoretical Revolution’ in intellectual history: from the history of political ideas to the history of political languages”, en *History and Theory*, nro. 53, 2014, pp. 387-405.

³⁸ Así, de la conciencia crítica hacia la historia del derecho público permitirá observar los momentos que dieron pie a las crisis constitucionales. En el caso argentino, por ejemplo, una crítica radical –tomada de Schmitt– permitió reconocer que los conceptos del liberalismo eran resultado de un proceso histórico-conceptual particular, los cuales, por lo tanto, no podían ser tomados como ideas perennes. A esta consciencia, se llegó no casualmente a partir de la crisis del orden liberal en la década de los treinta. Ver DOTTI, Jorge, *Carl Schmitt en Argentina*, Rosario, Homo Sapiens, 2000.

disciplina por su confrontación con otros pensamientos, otras tradiciones que se encontraron en diálogo, aunque no hayan ingresado (reconocidos) como parte de una tradición hegemónica. De este modo, el proceso de especialización disciplinar –incluso dentro del derecho público– puede pensarse, en lugar de como el avance disciplinar, como un cruce selectivo de principios no siempre compatibles, de tensiones entre saberes y actores, de intentos por hegemonizar un discurso, en definitiva, de conflictos al interior del campo jurídico.

El lector ya puede haber advertido que aquí de lo que se trata es de exhibir el carácter político del saber que produce la ciencia del derecho y que determina el quehacer antiteleológico que, por definición, tiene la historia jurídica crítica, especialmente en su vinculación con la historia conceptual. Este factor político que a todas luces emerge en el estudio global del derecho público, precisamente, postula una incomodidad en la constitución del campo jurídico que puede servir de explicación para la ausencia de su historia integral.

V. EL JURISTA ARGENTINO Y EL DERECHO PÚBLICO

Aquí se ha llegado al punto clave para una historia del derecho público argentino: la reflexión con/sobre la tradición. Tal como se advirtiera, la reflexión histórica requiere de un reconocimiento de la tradición que condiciona los límites de lo decible y de lo pensable (sistema de inclusión/exclusión), no solo para el pensador objeto de estudio sino sobre todo para el investigador que se enfrenta con los elementos constitutivos de su saber. ¿Cómo enfrentar ese espacio de experiencia tradicional y la indagación histórica del derecho público?

Preguntarse qué es derecho público y por qué pareciera un buen comienzo. Para alejarse de la tradición, cabe comenzar remarcando que esa pregunta no puede resolverse exclusivamente al interior de la dogmática.³⁹ Es que, tal como se vino adelantando, si el concepto de derecho

³⁹ La dogmática que reenvía a Ulpiano “*ius publicum ad statum rei Romanae spectat, privatum (...) ad singulorum utilitatem*” (D.1.1.2.2) desconoce el rol de tensión constante y la mutación epocal de los conceptos. Ese fijismo al tiempo que brinda seguridad al jurista obtura la radical tensión conceptual despolitizando el concepto al tiempo que politiza el performativo del jurista que se sirve del mismo para consolidar una determinada visión de mundo.

público es social y mutable, merece una historia, y esa historia requiere de articulaciones o niveles de análisis no reducibles a la seguridad de una historia lineal o un principio dogmático. Cabe mejor preguntarse sobre el sentido de la voz en el tiempo y, así, dimensionar su potencia. Para ello, es necesario el reconocimiento de un campo social de trabajo jurídico que recorte los límites del saber inserto en un contexto político determinado.

Una historia social del derecho público con su conjunto de redes institucionales, sistemas de autoridad, tradiciones electivas, reglas de inclusión y de poder parece estar inescindiblemente vinculada a la formación de un saber particular.⁴⁰ Precisamente, el orden del discurso del derecho público se armoniza con la carnadura social-histórica que, influenciada por la experiencia política nacional e internacional permite pensar el mundo del derecho. Esta operación dinamiza también las operaciones de institución social de las disciplinas en relación con la hegemonía en el campo del saber: ¿Qué se entendía por un jurista constitucionalista, laboralista, de la seguridad social o administrativista? ¿Cómo se definía al exterior y al interior del campo jurídico tradicional?, es decir, ¿qué prestigio social poseían los iuspublicistas con respecto al civilista?⁴¹ ¿Qué vinculación poseía con las instituciones políticas? ¿Qué literaturas, qué revistas, qué idiomas, qué fuentes de legitimidad actuaba el jurista de derecho público en las diversas épocas en oposición al saber tradicional hegemónico del derecho privado?⁴²

Ahora bien, dicha primera operación debe ser completada con su correlato que es la autodiferenciación al interior del campo jurídico para cobrar la autonomía disciplinar, la cual ha sido siempre el mayor deseo de cada espacio de saber. La historia de la ciencia del derecho público argentino requiere de un doble campo de trabajo.

Por una parte, el conocimiento de las formas de transmisión/construcción de la propia tradición. Es decir, qué fuentes de autoridad auxiliaban

⁴⁰ Aquí la guía de la *Wissenschaftsgeschichte* que realizó Stolleis para el espacio alemán puede servir de modelo para el espacio del derecho público de la Argentina.

⁴¹ ZIMMERMANN, Eduardo, "Abogados, científicos y estadistas. Debates sobre la enseñanza jurídica en la Argentina del primer centenario", en *Ciencia hoy*, nro. 119, 2010.

⁴² Ejemplo de esta tarea y también literatura que entra en diálogo con la historia jurídica del derecho público son: BEN PLOTKIN, Mariano y Eduardo ZIMMERMANN, *Los saberes del Estado*, Buenos Aires, Edhasa, 2012.

el desarrollo epistemológico de cada disciplina. En este caso, la enseñanza jurídica, las fuentes del derecho (de la ley al reglamento, la costumbre, la literatura dogmática, etc.), las prácticas del derecho público, los congresos y reuniones científicas, etc. Todo un arsenal de dispositivos que guían la hermenéutica adecuada por acción dentro de un esquema de enrolamiento y distinción de la tradición jurídica clásica: es decir, la construcción de lecturas que determinan un lenguaje particular, en tensión constante con el saber jurídico clásico.

Por otra parte, este recorrido hermenéutico arrastra al investigador a un particular campo de trabajo donde se consolida el universo del derecho público que es la *conceptualidad*. Claramente, la formación del derecho público argentino se actualiza en una red de conceptos claves que lo van separando –por más que lo utilice para construir muchas de sus categorías– con respecto al privado y que, a su vez, compone el imaginario y el lenguaje del jurista. Es decir, el estudio histórico de la conceptualidad permitirá, en síntesis, conocer el universo ideológico de los juristas en torno a los temas preocupantes en cada momento.

Indudablemente que, allí, el Estado: su rol, su representación, sus axiomas, etc., serán centrales, pero no exclusivos. Allí también aparece todo aquello desplazado del campo “codificado” por el proyecto liberal y que será semantizado por el saber del derecho público.⁴³ De este modo, cada concepto clave –desde Estado hasta servicios públicos, pasando por “estado de derecho” hasta “previsión social”– remitirá a un proceso de génesis que generará una tradición renovada que surge del juego contra-conceptual con respecto a la tradición clásica. Ese proceso de adaptación de saberes –muchos de ellos internacionales– al campo local exhibirá sus lógicas y sus aporías en la práctica interna del campo jurídico. La historia conceptual aparece aquí también para dislocar la historia interna de las disciplinas del derecho público, y ello se hará devolviendo la espesura histórica a principios *reificados*, pudiendo así exhibir la vocación política de sus postulados: por ejemplo, cabe preguntarse por la construcción social, política e icónica del principio de “subsidiariedad del Estado” en el discurso constitucional de los años cuarenta y su deriva

⁴³ CARONI, Pío, *Lecciones de historia de la codificación*, Madrid, Universidad Carlos III, 2013.

administrativista de los noventa del siglo XX, etc. Es decir, también una historia dogmática (*Dogmengeschichte*) que permita no solo reconocer el sentido jurídico y las derivas de un dogma sino también que puedan permitir conocer mejor los contextos de uso, la religiosidad de sus usuarios, la relación entre derecho y religión en la Argentina, etc.

Sin embargo, cabe aquí advertir que el reconocimiento de la politicidad de los conceptos no alcanza. En su lugar, la historia conceptual de lo jurídico implica, también, reconocer los *modos* de formación de esos conceptos. Es decir, saber más en torno a la metodología jurídica, a los “préstamos” del derecho privado, etc., los cuales son el instrumental básico que los juristas actúan en la composición del saber del derecho público. Ello así, toda vez ese saber-hacer es donde la materialidad de la experiencia jurídica cobra su forma.⁴⁴ Esta dimensión no solo es inherente al juego de inclusión/exclusión del campo sino que es el modo radicalmente particular de ser del saber jurídico. La forma de construcción conceptual y el juego con la tradición terminan moldeando el contenido ideológico del saber jurídico. En ese sentido, metodología implica conocer las teorías que funcionaban por debajo de cada formación del lenguaje jurídico: positivismo, filosofía del derecho en su vertiente tomista (caso particular de la teoría del Estado de los cuarenta del siglo XX), lógica deóntica, positivismo kelseniano, etc.⁴⁵

Todos instrumentales para comprender la historia social y conceptual del derecho público argentino visto desde los juristas y los horizontes hermenéuticos que constituían un clima de época.

VI. EL DERECHO PÚBLICO Y LA FORMACIÓN DE “TRADICIONES”⁴⁶

Ahora bien, como fue entreviéndose en los puntos anteriores, un elemento central a considerar dentro de la investigación en la historia del

⁴⁴ SCHRÖDER, Jan, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933)*, München, Beck, 2012.

⁴⁵ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, “Peculiaridad del pensamiento jurídico argentino”, en TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Antología del pensamiento jurídico argentino (1901-1945)*, Buenos Aires, INHID, 2007, tomo I, pp. 11-35.

⁴⁶ Aquí se sigue a Borges, particularmente al final del apartado donde cabe decirse sobre el jurista lo mismo que sobre el escritor: “Creo que los argentinos, los sudamericanos en general, estamos en una situación análoga; podemos manejar todos los

derecho público en la Argentina es el proceso de traslación conceptual donde la educación jurídica se vuelve clave insuperable de producción del derecho. Ello así, puesto que la novedad de un saber, que se abriría espacio dentro y, muchas veces, por contraposición a- de la tradición clásica constitucional y iusprivatista, requería de una fundamentación autorizada para forzar esos marcos interpretativos. Allí, la mirada hacia Europa, que, ya en Alberdi, se dirigía hacia el mundo anglosajón, pero que se vería potenciada desde mediados de la década de los veinte a otras culturas, sería un componente central de la construcción dogmática.

Aquí aparecen los juristas en su función de docentes e investigadores de las materias propias del derecho público. La enseñanza jurídica no solo como medio de formación de un discurso que llega a los alumnos sino también viendo a las universidades como espacios institucionales de circulación de saberes y de un campo específico de trabajo entre los doctrinarios. En este punto, y dado el gran impacto de la traslación de saberes que es inherente a la producción del derecho público argentino, debe comprender y asentarse en la larga y exquisita tradición de investigación de la historia institucional: de las cátedras (Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Social, etc.);⁴⁷ de las revistas jurídicas (tanto *La Ley* o *Jurisprudencia Argentina* pero también las editadas por las diversas universidades nacionales y privadas);⁴⁸ estudios biográficos;⁴⁹ de los congresos realizados; de las figuras internacionales y sus

temas europeos, manejarlos sin supersticiones, con una irreverencia que puede tener, y ya tiene, consecuencias afortunadas" (BORGES, Jorge Luis, "El escritor argentino y la tradición", en *Obras completas*, Buenos Aires, Emece, 1996, tomo I, p. 273).

⁴⁷ Por ejemplo, ver el trabajo de ACEVEDO, Carlos Alberto, "La enseñanza de la ciencia de las finanzas en la Universidad de Buenos Aires desde su fundación hasta 1830", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 2, nro. 4, 2004; TANZI, Héctor, "La enseñanza del Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de Buenos Aires", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 9, nro. 17, 2011; PADÍN, Juan Francisco, "Los albores del derecho internacional en la enseñanza de la materia según Antonio Sáenz", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 14, nro. 27, 2016.

⁴⁸ PUGLIESE, María Rosa, "Las Revistas Jurídicas en la Argentina en la primera mitad del siglo XX. Una mirada cultural y didáctica sobre el género", en *Revista de Historia del Derecho*, nro. 47, 2014.

⁴⁹ Por ejemplo, ver BAROVERO, Diego, "Aristóbulo del Valle. Egresado y profesor de la Facultad de Derecho (Universidad de Buenos Aires)", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 9, nro. 18, 2011.

visitas a la Argentina y, finalmente, la elaboración de los conceptos que definen el lenguaje del derecho público.⁵⁰ Todos esos elementos que se estructuran en el espacio académico producen un proceso inacabado de interpretaciones y reinterpretaciones que admiten un ejercicio a modo de ejemplo, el cual deja entrever una triple frontera que se abre en términos de temas, personalidades, materias y lenguajes.

Cabe recordar, entonces, que previo a la declaración de la “Argentinidad de la Constitución”, obra de un Bunge lector de González Calderón, el sistema lingüístico anglosajón dominaba la escena del constitucionalismo argentino.⁵¹ Sin embargo, ese primer momento de constitucionalismo individual e histórico se verá sorprendido por la llegada de la teoría del Estado alemana, la cual no era exclusivamente alemana, sino que podría postularse una previa transmisión francesa por la lectura de Hauriou y la visita de Duguit a la Argentina.⁵² Esa ecuación postula también una lectura diferida del lenguaje estatal-alemán a la francesa. Es decir, una primera apropiación de temas y autores alemanes puede verse mediante el tamiz de la desconfianza jurídica francesa al sistema teórico alemán.⁵³ Si a ello se suma la recepción por la vía italiana, de Orlando, en el derecho administrativo científico de Bielsa la dimensión europea palimpséstica del tópico estatal se vuelve compleja por demás. Incluso con la recepción directa del lenguaje teórico de la Teoría del Estado en la década de los treinta por un Sampay lector directo del alemán exhibe sus conflictos hermenéuticos por su lectura tomista que, en la búsqueda de un antiindividualismo católico, no reconoce el postulado radicalmente político antiteológico de Schmitt.⁵⁴

⁵⁰ Ver CASAGRANDE, Agustín, “The concept of ‘Estado de derecho’ in the History of Argentinean Constitutionalism (1860-2015)”, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, nro. 47, 2018 (en prensa).

⁵¹ Ver POLOTTO, María Rosario, “La argentinidad de la Constitución. Nuevos enfoques para el estudio de nuestra Carta Magna a principios del siglo XX (1901-1903)”, en *Revista de Historia del Derecho*, nro. 37, 2004.

⁵² HERRERA, Carlos M., “Léon Duguit en Buenos Aires: sociabilidad y política en la recepción de una teoría jurídica”, en *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, nro. 8, 2014, pp. 147-177.

⁵³ MILET, Marc, “La doctrine juridique pendant la guerre: À propos de Maurice Hauriou et de Léon Duguit”, en *Jus Politicum*, nro. 15, 2016.

⁵⁴ DOTTI, *op. cit.*

Cada una de estas circunstancias requiere de un trabajo filológico de máxima precisión. No solo mirando a una transmisión sino a una aprehensión conceptual que ordena la tópica estatal y que por mor de efectos de sentido va componiendo ese leviatán que hoy resulta tan habitual como “incomprensible”. La dimensión política que cada proyecto arrastra se ve también expresada por el sistema de prejuicios que la pretendida inocuidad del concepto dogmático de Estado no puede ocultar. Así, el universo lingüístico compone también un sistema de precomprensión que escapa a la simple teoría y que se inserta de manera significativa en el universo simbólico sobre los roles, metáforas y saberes que acompañan al Estado. Ello, claramente es determinante de la formación del derecho argentino y de la tensión entre derecho público y privado.

Lo expuesto precedentemente posee como correlato presentar la historia del derecho público como una tensión de tradiciones encontradas, cuya politicidad es inherente al desarrollo del sistema público. No solo las ramas del derecho poseen claves de lectura particular afines con espacios de pensamiento y refractarios a otros. Por ejemplo, la vinculación germana de la teoría del Estado vs. la clave francesa e italiana que fue adquiriendo el Derecho Administrativo vs. la matriz anglosajona del derecho constitucional.⁵⁵ Allí, amén del círculo de expertos, que se recortan entre capacidades lingüísticas diferenciadas, aparece tras su manto erudito una particular cosmovisión que puede ser leída en clave política: peronismo, antiperonismo, germanos vs. anglosajones, etc.

Ahora bien, la falta de una fuerte tradición en derecho público en la Argentina fue también condición de posibilidad para pensar que el acto de recepción –por más científica que fuese la actitud del jurista– fue formadora de una tradición. Joven tradición pero tradición al fin. Tradición que, como mentalidad, supone muchas veces oclusión entre las tensiones que se prestan al interior del derecho público –en su proceso

⁵⁵ Sobre el proceso histórico de construcción de la tradición anglosajona en Argentina, ver: ZIMMERMANN, Eduardo, “Translations of the ‘American Model’ in Nineteenth Century Argentina: Constitutional Culture as a Global Legal Entanglement”, en DUVE, Thomas (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Frankfurt am Main, Open Access Publication, 2014, disponible [en línea]: <<http://dx.doi.org/10.12946/gplh1>>.

de formación– al mismo tiempo que entre este y el derecho privado. Efectivamente, si en Alemania el campo de lo público estuvo dominado por la germanística, la ciencia histórica y la historia social como metodología opuesta al derecho privado, al romanismo y a la historia dogmática, en la Argentina, la carencia de una matriz fuerte determinante de métodos y opciones, incluso, políticas, ha sido, tal vez, parte estructurante del *particular* saber local sobre el Estado y el derecho público. Es así que, lejos de juzgar lo inacabado de una estatalidad ideal –sociológicamente abstracta–, cabría preguntarse por el conjunto de tensiones inherentes a la formación de un derecho público que, pivoteando entre diversas escuelas y con aplicación en variadas experiencias históricas, determinó la actualidad de lo dado.

Saber local, entonces, que requiere de una antropología política que, devolviendo el espesor histórico al pensamiento jurídico, permita salir de la máquina productora de sentido dogmático, enfrentando al jurista con el proceso histórico-político de formación de su orden de discurso. Esta apuesta de una “crítica del derecho, historia mediante”, puede traer luz no solo al interés del investigador sino que necesariamente debe revertirse sobre el jurista, a cuyo diálogo se convoca. Es así que la historia del derecho público lejos de ser una mera materia de investigación se presenta como una apuesta a la producción de un arsenal teórico para pensar radicalmente el derecho desinhibiendo aquellos *habitus* que se vehiculizan sin reflexividad.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEVEDO, Carlos Alberto, “La enseñanza de la ciencia de las finanzas en la Universidad de Buenos Aires desde su fundación hasta 1830”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 2, nro. 4, 2004.
- ALBERDI, Juan Bautista, “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, en *Organización de la Confederación Argentina*, Buenos Aires, Besanzon, Imprenta de José Jacquin, 1858.
- *La omnipotencia del Estado es la negación de la libertad individual*, Buenos Aires, 1880.
 - *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, en *Organización de la Confederación Argentina*, Buenos Aires, Besanzon, Imprenta de José Jacquin, 1858.

- BAROVERO, Diego, "Aristóbulo del Valle. Egresado y profesor de la Facultad de Derecho (Universidad de Buenos Aires)", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 9, nro. 18, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt, *La sociedad sitiada*, Buenos Aires, FCE, 2008.
- BEN PLOTKIN, Mariano y Eduardo ZIMMERMANN, *Los saberes del Estado*, Buenos Aires, Edhasa, 2012.
- BENIGNO, Francesco, *Las palabras del tiempo. Un ideario para pensar históricamente*, Madrid, Cátedra, 2013.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1973.
- *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006.
- BORGES, Jorge Luis, "El escritor argentino y la tradición", en *Obras completas*, Buenos Aires, Emece, 1996, tomo I, p. 273.
- BOURDIEU, Pierre, "Le champ scientifique", en *Actes de la recherche en sciences sociales*, nro. 2, 1976, pp. 88-104.
- BRUNNER, Otto, *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1970.
- CARONI, Pío, *Lecciones de historia de la codificación*, Madrid, Universidad Carlos III, 2013.
- CASAGRANDE, Agustín E., "Autonomía y descentralización en la construcción del Estado argentino (1860-1940). Por una historia política de los conceptos jurídico-administrativos", en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, nro. 43, 2014, 251-290.
- "Estado y derecho público: un clásico moderno", en *Revista de Historia del derecho*, nro. 50, 2015, pp. 255-273.
- "The concept of 'Estado de derecho' in the History of Argentinean Constitutionalism (1860-2015)", en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, nro. 47, 2018.
- CHIGNOLA, Sandro, "Líneas de investigación sobre la historia del concepto de sociedad. La conclusión sociológica y la transición gubernamental", en *Historia Contemporánea*, nro. 28, 2004, pp. 33-46.
- CLAVERO, Bartolomé, *Antídora. Antropología Católica de la Economía Moderna*, Milano, Giuffrè, 1991.
- COSTA, Pietro, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, vol. I, *Da Hobbes a Bentham*, Milano, Giuffrè, 1974.

- DOTTI, Jorge, *Carl Schmitt en Argentina*, Rosario, Homo Sapiens, 2000.
- *Las vetas del texto*, 2ª ed. ampl., Buenos Aires, Las Cuarenta, 2009.
- DUSO, Giuseppe, *La representación política. Génesis y crisis de un concepto*, Buenos Aires, Unsam-Edita, 2015.
- FERNÁNDEZ SEBASTIÁN, Javier, “Tradiciones electivas. Cambio, continuidad y ruptura en historia intelectual”, en *Almanack*, nro. 7, 2014, pp. 5-26.
- FOUCAULT, Michel, *Seguridad, territorio, población, Curso en el Collège de France (1977-1978)*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, Salamanca, Sígueme, 2012.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, 1994.
- GARRIGA, Carlos, “Orden jurídico y poder político en el antiguo régimen”, en *Istor, Revista de Historia Internacional*, nro. 16, 2004.
- GRONDIN, Jean, *Einführung zu Gadamer*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000.
- GROSSI, Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 2006.
- HAFERKAMP, Hans-Peter, “Privatrecht? Öffentliches Recht? Recht!”, en *Rechtsgeschichte*, nro. 19, 2011, pp. 107-113.
- HERRERA, Carlos M., “Léon Duguit en Buenos Aires: sociabilidad y política en la recepción de una teoría jurídica”, en *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, nro. 8, 2014, pp. 147-177.
- HESPANHA, António Manuel, “A historia das instituições e a «morte do Estado»”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1986, pp. 191-227.
- “Legal History and Legal Education”, en *Rechtsgeschichte*, nro. 4, 2004, pp. 41-56.
- KOSCHORKE, Albrecht et al., *Der fiktive Staat. Konstruktionen des politischen Körpers in der Geschichte Europas*, Frankfurt am Main, Fischer, 2012.
- LECLERC, Gérard, “Histoire de la vérité et généalogie de l'autorité”, en *Cahiers Internationaux de Sociologie*, nro. 111, 2001/2, pp. 205-231.
- LORENTE, Marta (dir.), *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2009.
- MENKE, Christoph, *Kritik der Rechte*, Frankfurt am Main, Surkhamp, 2015.
- MILET, Marc, “La doctrine juridique pendant la guerre: À propos de Maurice Hauriou et de Léon Duguit”, en *Jus Politicum*, nro. 15, 2016.
- MOHNHAUPT, Heinz, “Historische Konkurrenzen und Beeinflussungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht”, en *Rechtsgeschichte*, nro. 19, 2011, pp. 239-246.

- PADÍN, Juan Francisco, "Los albores del derecho internacional en la enseñanza de la materia según Antonio Sáenz", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 14, nro. 27, 2016.
- PALTI, Elías, "The 'Theoretical Revolution' in intellectual history: from the history of political ideas to the history of political languages", en *History and Theory*, nro. 53, 2014, pp. 387-405.
- POLOTTO, María Rosario, "La argentinidad de la Constitución. Nuevos enfoques para el estudio de nuestra Carta Magna a principios del siglo XX (1901-1903)", en *Revista de Historia del Derecho*, nro. 37, 2004.
- PUGLIESE, María Rosa, "Las Revistas Jurídicas en la Argentina en la primera mitad del siglo XX. Una mirada cultural y didáctica sobre el género", en *Revista de Historia del Derecho*, nro. 47, 2014.
- RICOEUR, Paul, *La memoria, la historia, el olvido*, Buenos Aires, FCE, 2000.
- SCHRÖDER, Jan, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933)*, München, Beck, 2012.
- SKINNER, Quentin, "Meaning and Understanding in the History of Ideas", en *History and Theory*, vol. 8, nro. 1, 1969, pp. 3-53.
- TANZI, Héctor, "La enseñanza del Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de Buenos Aires", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 9, nro. 17, 2011.
- TARELLO, Giovanni, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1988.
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Antología del pensamiento jurídico argentino (1901-1945)*, Buenos Aires, INHID, 2007, tomos I y II.
- TONTTI, Jarko, "Tradición, interpretación y derecho", en NAVARRO, Pablo y María Cristina REDONDO (comps.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 118.
- VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, [2003] 2013.
- VV. AA., "Legitimization of Private and Public Regulation: Past and Present", en *Politics and Governance*, vol. 5, nro. 1, 2017, disponible [en línea]: <<https://www.cogitatiopress.com/politicsandgovernance/issue/view/58>>.
- WALDMANN, Peter, *Der anomische Staat. Über Recht, öffentliche Sicherheit und Alltag in Lateinamerika*, Wiesbaden, Springer, 2002.
- ZIMMERMANN, Eduardo, "Abogados, científicos y estadistas. Debates sobre la enseñanza jurídica en la Argentina del primer centenario", en *Ciencia hoy*, nro. 119, 2010.

- Translations of the “American Model” in Nineteenth Century Argentina: Constitutional Culture as a Global Legal Entanglement”, en DUVE, Thomas (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Frankfurt am Main, Open Access Publication, 2014, disponible [en línea]: <<http://dx.doi.org/10.12946/gplh1>>.

Fecha de recepción: 28-11-2017.

Fecha de aceptación: 24-5-2018.